

bpa Arbeitgeberverband e.V.

Stellungnahme zum

Referentenentwurf

des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

**Entwurf eines Gesetzes über Verbesserungen bei der Festlegung
von Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche**

(Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetz)

Bearbeitungsstand 2. April 2019; 9:44 Uhr

Berlin, 5. April 2019

Stellungnahme zum Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetz

Vorbemerkung

Der **bpa Arbeitgeberverband e.V.** ist im Juni 2015 gegründet worden und hat sich seitdem zum größten Arbeitgeberverband der privaten Sozialwirtschaft entwickelt. Er vertritt mittlerweile über 3.500 Mitgliedseinrichtungen der ambulanten, teilstationären und stationären Pflege und der Kinder- und Jugendhilfe. Die Mitglieder des bpa Arbeitgeberverbandes e.V. beschäftigen über 180.000 Mitarbeiter. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. ist eine Vereinigung privater Arbeitgeber im Sinne des § 2 Tarifvertragsgesetz (TVG).

Bemerkung zur Stellungnahmefrist durch das BMAS

Vorab möchten wir darauf hinweisen, dass die kurze Frist zur Stellungnahme – drei Tage – den Inhalten des Gesetzentwurfs und dem Umfang der Änderungen in keiner Weise angemessen ist. Das Gesetz setzt eben nicht nur die aktuelle Rechtsprechung aus dem Jahre 2018 um, sondern greift fundamental in die Architektur der Kommission ein und verschiebt damit die Möglichkeiten divergierende Interessen zum Ausgleich zu bringen, massiv und zu Lasten der mit großem Abstand marktstärksten Gruppe, nämlich der privaten Anbieter. Damit wird auch die vielfach gewünschte und praktizierte trägerübergreifende Zusammenarbeit in vielen anderen Bereichen der Pflege- und Sozialwirtschaft schwer belastet bis grundsätzlich in Frage gestellt.

Vor diesem Hintergrund hatten wir mit Schreiben vom 3. April 2019 um Fristverlängerung für die Einreichung und Berücksichtigung unserer Stellungnahme gebeten. Die Begründung ist im Folgenden noch einmal beigefügt:

„Bei dem vorliegenden Entwurf handelt es sich um umfassende Änderungen eines komplexen Verfahrens. Das Gesetz sieht eine erhebliche Änderung der Mehrheitsverhältnisse sowohl für die Beschlussfähigkeit als auch für die Beschlussfassung der Kommission vor. Insgesamt handelt es sich bei den Änderungen um einen tiefgreifenden Eingriff in tarifrechtliche Strukturen und in die Grundphilosophie der Pflegekommission. Die Frist bis zum 5. April ist zu kurz bemessen und dem Umfang der Änderungen keinesfalls angemessen. Darüber hinaus möchten wir bereits jetzt kritisieren, dass mit der Einholung der Stellungnahmen nicht bis nach der Resortabstimmung gewartet wird.“

Zu unserem Bedauern hat das BMAS diesen Antrag vor Übersendung der vorliegenden Stellungnahme weder beschieden noch in irgendeiner anderen Weise dazu Stellung genommen. Wir halten ein solches Vorgehen auch im Zusammenhang mit den parallel stattfindenden Beratungen in der Konzentrierten Aktion Pflege für einen unfreundlichen Akt. Zumal das BMAS angesichts der Auflösung der 3. Pflegekommission am 25. April 2017 und dem Urteils des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. Mai 2018 (VG 4 K 223.16) ausreichend Zeit gehabt hat, etwaige Anpassungen rechtzeitig auf den Weg zu bringen.

Vorbemerkung zum Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen in der Pflegebranche

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. stellt sich die Frage, ob die vom BMAS vorgelegten umfangreichen Änderungen der Regelungen zur Pflegekommission als eine Abkehr von den Bestrebungen Tarifverträge in der Pflegebranche für allgemeinverbindlich zu erklären zu verstehen ist. Der Versuch den staatlichen Einfluss auf die Lohnfindung in der Pflege zu erhöhen, wird mit diesem Gesetzentwurf offenkundig. Kann es sein, dass die Bundesregierung den lange Zeit öffentlich propagierten Wegen der staatlichen Einflussnahme – wie Allgemeinverbindlicherklärungen – nicht mehr traut?

Zusammenfassung

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. sieht in dem Gesetzentwurf einen frontalen Angriff auf die Interessen der privaten Anbieter im Pflegemarkt und tritt nachdrücklich für Änderungen des Entwurfs ein.

Die geplanten Änderungen sind unschwer erkennbar darauf gerichtet, die privaten Arbeitgeberverbände der Pflegebranche von der Entscheidung einer Empfehlung der Pflegekommission im Sinne des § 12a des Entwurfs auszuschließen. Zumindest mittelbar sind die Änderungen als massive Beeinträchtigung der Tarifautonomie zu werten, die auch mit dem Grundverständnis von Art 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) nicht zu vereinbaren sind.

Ende 2017 existierten in Deutschland insgesamt 14.480 stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) und 14.050 ambulante Pflegedienste. Von den genannten Pflegeheimen waren 6.167, d.h. 42,6 % in privater Trägerschaft; bei den ambulanten Diensten waren 9.243 in privater Trägerschaft, was einem prozentualen Anteil von 65,8 % entspricht (Quelle: Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2017).

Bezogen auf das Pflegepersonal in den genannten Einrichtungen gilt Folgendes: Ende 2017 waren insgesamt 1.155.000 Personen in Deutschland

in der Altenpflege beschäftigt, davon 498.000 oder 43 % bei privaten Anbietern und 605.000 oder 52 % bei freigemeinnützigen Anbietern (23 % bei nichtkirchlichen Wohlfahrtsträgern) sowie 52.000 oder 5 % bei öffentlichen Anbietern.

Die privaten Anbieter in Deutschland beschäftigten 2017 also 43 % aller Pflegekräfte. Rechnet man die öffentlichen Anbieter und die nichtkirchlichen Wohlfahrtsträger hinzu, so kommt man zu dem Ergebnis, dass etwa **71 % aller Pflegekräfte in der Altenpflege in Deutschland bei weltlichen Anbietern tätig sind und nicht einmal 30 % bei kirchlichen Anbietern.**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. tritt seit je her dafür ein, dass sich diese Beschäftigtenzahlen in der Zusammensetzung der Kommission nach § 12AEntG widerspiegeln müssen. Hierzu bietet sich an, zwei Drittel der Arbeit- bzw. Dienstgebersitze in der Kommission für weltliche Arbeitgebervertreter vorzusehen und ein Drittel für kirchliche Dienstgeber. **Eine solche Regelung enthält der Gesetzentwurf indes nicht. Hier sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. dringenden Handlungsbedarf des Gesetzgebers.**

Bislang war die Position der weltlichen und insbesondere der privaten Anbieter in der Kommission nach § 12 AEntG (obwohl diese Gruppen nicht repräsentativ vertreten sind) durch die Regelungen zur Beschlussfähigkeit und zu den Abstimmungsmodalitäten innerhalb der Kommission (§ 12 Abs. 4 und 5 AEntG geltende Fassung) angemessen geschützt. Die vorliegenden Pläne zur Neuregelung des § 12 AEntG mit ihren neuen **Beschlussfähigkeits- und Abstimmungsregelungen, § 12a Abs. 3 des Gesetzentwurfs unterlaufen die Position einer einzelnen Gruppe empfindlich.** Darüber hinaus stellt eine Änderung der aktuellen Regelungen einen **Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG** dar. Die Änderungen der Abstimmungsmodalitäten sind **unverhältnismäßig, da nicht erforderlich.** Nach unterstützenswerter Aussage des BMAS habe sich das Verfahren der Pflegekommission „**in der Praxis bewährt**“. Die Kommissionen waren immer konsensfähig. Es gibt daher überhaupt keinen Grund das Quorum zu ändern. **Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt daher die Regelungen in § 12a Abs. 3 des Gesetzentwurfs entschieden ab.** Sollte es trotz der hier dargestellten Einwände gegen die Abstimmungsmodalitäten zur geplanten Änderung kommen, so fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V. die Aufnahme der **Möglichkeit eines Minderheitenvotums** in § 12a Abs. 3 des Entwurfs. Dieses müsste vom BMAS im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nach § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AEntG nachvollziehbar zu berücksichtigen sein.

Ferner sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. die Regelung in **§ 12 Abs. 6 Ziffer 2 des Gesetzentwurfs**, wonach zukünftig neben der Repräsentativität auch die „**Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen**

und privaten Trägern“ ein Kriterium für die Bewerberauswahl für die Kommission sein soll, äußerst kritisch und setzt sich daher nachdrücklich dafür ein, dieses **Kriterium aus dem Entwurfstext zu streichen**. Die im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelung stellt einen **Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG** dar. Sie ist nicht hinreichend klar formuliert und lässt vollends offen, wie die beiden Prinzipien der quantitativen Repräsentativität und der „Trägervielfalt“ zueinander im Verhältnis stehen bzw. gewichtet werden. Damit unterläuft diese Regelung zum einen die Vorgaben des VG Berlin, zum anderen gibt sie dem BMAS einen quasi unbegrenzten Ermessensspielraum.

Die Möglichkeit der vorzeitigen Abberufung durch das BMAS auf Antrag lediglich der Hälfte der Kommissionsmitglieder (§ 12 Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs) sowie die Möglichkeit einer Fortführung der Kommission nach Ablauf von fünf Jahren (§ 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs) stellt einen **Angriff auf die** in § 12 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs ausdrücklich genannte **Unabhängigkeit der Pflegekommission und ihrer Mitglieder** dar. Diese Regelung könnte dazu genutzt werden, auf die Arbeit der Kommission **Einfluss zu nehmen** oder einzelne Mitglieder **unter Druck zu setzen**. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt diese Änderungen daher ab.

Die vorgesehenen Änderungen im Recht der Pflegekommission sind keinesfalls „moderat“ wie es die Begründung des Entwurfs vorgibt (vgl. S. 10 der Begründung), sondern grundlegend und verfehlt. Sie stehen im Widerspruch zur Feststellung des BMAS selbst, dass in der Begründung unterstreicht, wie sehr sich die Pflegekommission bisher bewährt hat.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 des Entwurfs Errichtung einer ständigen Kommission

A) Beabsichtigte Regelung

Die Neuregelungen in § 12 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzentwurfs zielen darauf ab, die Kommission in ein „ständiges Gremium“ umzuformen. Sie soll grundsätzlich für die Dauer von jeweils fünf Jahren berufen werden und könnte nach diesen Regelungen in der Ausgangszusammensetzung zwei oder mehrere Empfehlungen zu Mindestarbeitsbedingungen in der Altenpflege abgeben.

Gleichzeitig sieht § 12 Abs. 2 des Entwurfs vor, dass das BMAS die Kommission länger als fünf Jahre amtierend lassen kann, wenn am Ende einer Fünf-Jahres-Periode die bestehende Kommission schon mit Beratungen über neue Mindestarbeitsbedingungen begonnen hat. In diesem Fall soll die Kontinuität der Beratungen einer pünktlichen Neubesetzung vorgehen. Die Entscheidung über eine spätere Berufung einer neuen Kommission ist nach § 12 Abs. 2 des Entwurfs in das Ermessen des BMAS gestellt.

Schließlich sieht § 12 Abs. 2 des Entwurfs noch vor, dass auf Antrag von mindestens vier Kommissionsmitgliedern schon vor Ablauf der Fünf-Jahres-Periode eine neue Kommission durch das BMAS berufen werden kann, was einem Selbstaufhebungsrecht der Kommission gleich kommt, wovon wahrscheinlich Gebrauch gemacht werden wird, wenn sich abzeichnet, dass eine amtierende Kommission aufgrund gegenteiliger Positionen keine Beschlüsse mehr fassen wird.

B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. hat im Ergebnis keine Einwände gegen die Etablierung einer ständigen Kommission. Diese Neuregelung erspart den beteiligten Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften langwierige Bewerbungsverfahren und kann zu einer kontinuierlicheren und planbareren Entwicklung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche beitragen.

Kritisch sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. dagegen die Regelung in § 12 Abs. 2 des Entwurfs, wonach es ins Ermessen des BMAS gestellt ist, eine amtierende Kommission über den Fünf-Jahres-Zeitraum hinaus im Amt zu belassen, um ggf. ein schnelleres Verhandlungsergebnis zu erhalten. Hierin sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. eine unnötige Stärkung

der Position des BMAS, die sogar dazu führen kann, dass das BMAS auf die Arbeit einer Kommission und damit auf mögliche neue Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche Einfluss nehmen kann. Eine solche Einflussnahmemöglichkeit soll dem Ministerium nach den Grundsätzen der §§ 10 ff. AEntG gerade nicht zukommen. § 11 Abs. 1 AEntG stellt dem BMAS zwar frei, ob es die von der Kommission vorgeschlagenen Arbeitsbedingungen in eine Rechtsverordnung übernimmt. Eine Abänderung der vorgeschlagenen Bedingungen oder etwaige andere Einfluss- oder Gestaltungsmöglichkeiten sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Es ist nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. nicht hinnehmbar, dass das BMAS die Entscheidungsgewalt erhält, eine Kommission im Amt zu belassen oder ein neues Bewerbungsverfahren in Gang zu setzen. Es besteht die Gefahr, dass das BMAS sich dabei bewusst oder unbewusst davon leiten lässt, mit welchen Beratungsergebnissen bei einer bestimmten Kommissionszusammensetzung gerechnet werden kann. Wenn man hier richtigerweise davon ausgeht, dass es sich bei der Kommission um eine Ausgestaltung der Tarifautonomie der Kommissionsmitglieder handelt, ist eine Eingriffsmöglichkeit der Exekutive hier aufgrund der massiven Beeinträchtigung entschieden abzulehnen. Die Änderung ist auch mit dem Grundverständnis des Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. vertritt daher die Position, dass die Amtsperiode einer Kommission nicht verlängert werden darf. Zumindest aber darf eine solche Verlängerung nicht in das Ermessen des Ministeriums gestellt werden.

Ähnlich kritisch sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. die Regelung in § 12 Abs. 2 des Entwurfs, die der Kommission ein Antragsrecht auf „Selbstauflösung“ zugesteht. Nicht hinnehmbar ist das vorgesehene Quorum von mindestens vier Mitgliedern. Hier bedarf es mindestens einer deutlich qualifizierten Mehrheit (z.B. von sieben zu eins Mitgliedern), da andernfalls bereits zwei der vier Gruppen (z.B. die Arbeitgeber- und Dienstgeberseite oder aber die beiden kirchlichen Gruppen) eine bestehende Kommission zu Fall bringen könnten.

C) Änderungsvorschläge

§ 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs sollte ersatzlos gestrichen werden. § 12 Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs sollte entweder gestrichen oder als neuer Satz 2 eine deutlich qualifizierte Mehrheit (z.B. 7 zu 1) vorsehen.

§ 12 Abs. 3 und Abs. 4 des Entwurfs Zusammensetzung der Kommission

A) Beabsichtigte Neuregelung

In § 12 Abs. 3 des Entwurfs findet sich jetzt eine Klarstellung, wonach die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit ehrenamtlich und weisungsfrei wahrnehmen.

In § 12 Abs. 4 des Entwurfs wird klargestellt, dass aus der Gruppe der weltlichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur solche Organisationen vorschlagsberechtigt sind, die Tarifvertragsparteien in der Pflegebranche im Sinne in der Pflegebranche tarifzuständiger Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Gewerkschaften sowie in der Pflegebranche tarifzuständiger Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüsse von Vereinigungen von Arbeitgebern sind. Der Ausschluss anderer Vereinigungen solle gemäß Gesetzesbegründung der „tarifvertragsersetzenden Funktion“ der Kommissionsbeschlüsse Rechnung tragen.

Im gleichen Absatz wird ferner klargestellt, dass die genannten Gruppen auch „gemeinsame Vorschläge“ abgeben können. Nach der Gesetzesbegründung müsse sich im Falle eines gemeinsamen Vorschlags aus diesem eindeutig ergeben, dass ihn alle vorschlagenden Stellen bereits als eigenen Vorschlag abgeben. § 12 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs erfasse somit nicht den Fall einer (ggf. nachträglichen) Unterstützung des Vorschlags einer anderen Stelle.

B) Stellungnahme

Zusammensetzung der Kommission

Der Gesetzentwurf sieht grundsätzlich keine Neuregelungen für die Besetzung der Kommission vor. Nach wie vor soll die Kommission aus zwei weltlichen Arbeitgebervertretern, zwei kirchlichen Dienstgebervertretern, zwei weltlichen Arbeitnehmervertretern und zwei kirchlichen Dienstnehmervertretern bestehen. **Der bpa Arbeitgeberverband e.V. tritt entschieden dafür ein, dass die Zusammensetzung der Kommission neu geregelt wird und sich an den tatsächlichen Gegebenheiten der Pflegebranche orientiert.**

Ende 2017 waren in Deutschland insgesamt 14.480 stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) und 14.050 ambulante Pflegedienste tätig. Von den genannten Pflegeheimen waren 6.167, d.h. 42,6 % in privater Trägerschaft; bei den ambulanten Diensten waren 9.243 in privater Trägerschaft,

was einem prozentualen Anteil von 65,8 % entspricht (Quelle: Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2017).

Bezogen auf das Pflegepersonal in den genannten Einrichtungen ergibt sich in diesem Zusammenhang Folgendes: nach einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Westig u.a. und der Fraktion der FDP betreffend „Marktwirtschaftliche Strukturen in der Pflege“, BT-Drucksache 19/8296 waren Ende 2017 insgesamt 1.155.000 Personen in Deutschland in der Altenpflege beschäftigt, davon 498.000 oder 43 % bei privaten Anbietern und 605.000 oder 52 % bei freigemeinnützigen Anbietern sowie 52.000 oder 5 % bei öffentlichen (kommunalen) Anbietern. Bei den freigemeinnützigen Anbietern werden ca. 43 % des Personals bei den nichtkirchlichen Wohlfahrtsträgern beschäftigt (Quelle: Statistisches Bundesamt in Faktenpapier der AG 5 in der Konzentrierten Aktion Pflege, Tabelle 5; Stand: 2015). Übertragen auf die in 2017 in der Altenpflege beschäftigten Personen bedeutet dies, dass 2017 ca. 260.000 oder 23 % bei nichtkirchlichen Wohlfahrtsträgern beschäftigt sind.

Die privaten Anbieter in Deutschland beschäftigen also 43 % aller Pflegekräfte. Rechnet man die öffentlichen Anbieter und die nichtkirchlichen Wohlfahrtsträger hinzu, so kommt man zu dem Ergebnis, dass etwa **71 % aller Pflegekräfte in der Altenpflege in Deutschland bei weltlichen Anbietern tätig sind und nicht einmal 30 % bei kirchlichen Anbietern.**

Nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. muss sich diese Marktsituation in der Zusammensetzung der Kommission nach § 12 AEntG widerspiegeln, d.h. zwei Drittel bis drei Viertel der Kommissionsmitglieder müssen weltliche Arbeitgeber und weltliche Arbeitnehmer repräsentieren, lediglich ein Viertel bis ein Drittel der Kommissionsmitglieder sollte kirchliche Dienstgeber und Dienstnehmer repräsentieren. **Bezogen auf eine Kommission mit acht Mitgliedern, muss die Kommission demnach aus drei weltlichen Arbeitgebervertretern und drei weltlichen Arbeitnehmervertretern zusammengesetzt sein sowie aus einem kirchlichen Dienstgebervertreter und einem kirchlichen Dienstnehmervertreter.**

Ehrenamtlichkeit / Weisungsfreiheit

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Klarstellung in § 12 Abs. 3 des Entwurfs, wonach die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit ehrenamtlich und weisungsfrei ausüben. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist an dieser Stelle nochmal darauf hin, dass eine einseitige Verlängerung des Mandats der Kommission durch das BMAS (§ 12 Abs. 2 des Entwurfs) abzulehnen ist. Durch die Möglichkeit des BMAS, die Amtszeit der Kommission über die Fünf-Jahres-Zeit hinaus zu verlängern wird die

Weisungsfreiheit der Kommissionsmitglieder de facto unterlaufen, weil das BMAS hierdurch Einfluss auf die Arbeit der Kommission nehmen kann (siehe dazu schon oben).

Tarifzuständigkeit / Tariffähigkeit

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt grundsätzlich die Klarstellungen in § 12 Abs. 4 des Entwurfs, wonach nur solche weltlichen Organisationen (Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) sich um die Mitgliedschaft in der Kommission bemühen können, bei denen es sich um Tarifvertragsparteien im Sinne des § 2 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz handelt, die auch in der Pflegebranche tarifzuständig und (auf Gewerkschaftsseite) tariffähig sind. Diese Klarstellung darf jedoch nicht dazu führen, dass es (vor allem auf Gewerkschaftsseite) zu einer Art Monopolstellung bei der Besetzung der Kommission kommt. Die Kommission leitet ihre Legitimität auch daraus ab, dass auf Arbeitnehmerseite verschiedene Gewerkschaften bei der Bildung der Kommission berücksichtigt werden und damit auch Arbeitnehmer repräsentiert werden, die sich bewusst für eine Mitgliedschaft in einer anderen Gewerkschaft (Nicht-DGB-Gewerkschaft) entschlossen haben. Ebenso darf bei der Bewertung der Eigenschaft als Tarifvertragspartei im Sinne des § 12 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b) des Entwurfs das Verhältnis von Mitgliedern mit Tarifbindung zu Mitgliedern ohne Tarifbindung keine Rolle spielen. Eine solche Beschränkung findet keine Stütze im Gesetz. Zu den „ermessenslenkenden Kriterien“ des § 12 Abs. VI unten.

Gemeinsame Besetzungsvorschläge

Unklar ist, was unter dem gemeinsamen Vorschlag in § 12 Abs. 4 des Entwurfs zu verstehen ist. Erfordert ein gemeinsamer Vorschlag „einen“ Vorschlag einer Zweckgemeinschaft auf einem Dokument oder genügen getrennte, aber gleichlautende Vorschläge der einzelnen Vorschlagenden? Der Begriff des „gemeinsamen Vorschlags“ ist jedenfalls nicht eindeutig und erschwert die rechtssichere Anwendung für mögliche Vorschlagsberechtigte.

C) Änderungsvorschlag

§ 12 Abs. 4 des Entwurfs wird wie folgt gefasst:

(4) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales benennt je vier geeignete Personen als ordentliche Mitglieder sowie je vier geeignete Personen als deren Stellvertreter unter Berücksichtigung von Vorschlägen

1. *von Tarifvertragsparteien in der Pflegebranche, wobei*
 - a) *in der Pflegebranche tarifzuständige Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Gewerkschaften sowie*

- b) *in der Pflegebranche tarifzuständige Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüsse von Vereinigungen von Arbeitgebern jeweils für **drei** ordentliche Mitglieder und **drei** Stellvertreter vorschlagsberechtigt sind,*
2. *aus dem Bereich der Religionsgesellschaften, wobei*
- a) *die Dienstnehmerseite sowie*
 - b) *die Dienstgeberseite*
- von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche festlegen, jeweils für **ein ordentliches Mitglied** und **ein stellvertretendes Mitglied** vorschlagsberechtigt sind.*

§ 12 Abs. 5 des Entwurfs Vorschlagsfristen

A) Beabsichtigte Neuregelung

Der Entwurf führt in § 12 Abs. 5 Fristenregelungen ein, die das BMAS ermächtigen innerhalb einer von ihm zu bestimmenden Frist zur Abgabe von Vorschlägen sowie Mitteilung und Glaubhaftmachung relevanter Umstände aufzufordern.

B) Stellungnahme

Bei den Fristenregelungen des § 12 Abs. 5 des Entwurfs fehlt die Einschränkung, dass die vom BMAS zu bestimmenden Fristen angemessen sein müssen. Im Übrigen ist der Ausschluss von nach Fristablauf eingereichten Vorschlägen bzw. die Nichtberücksichtigung von „mitgeteilten oder glaubhaft gemachten Umständen“ eine unverhältnismäßig strenge Folge auch im Hinblick auf den langen Zeitraum von fünf Jahren, für den die Pflegekommission berufen wird.

§ 12 Abs. 6 des Entwurfs

Auswahlentscheidung des BMAS bei mehr Vorschlägen als Mitgliedern für weltliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer

A) Beabsichtigte Neuregelung

§ 12 Abs. 6 Ziffer 1 und 2 des Entwurfs enthält „ermessenslenkende Kriterien“ (vgl. S. 12 der Begründung), die das BMAS zu berücksichtigen hat, wenn es sein Ermessen bei der Besetzung der weltlichen Mitglieder der Kommission auszuüben hat, weil sich mehr Organisationen um Sitze in der Kommission bewerben, als hierfür Plätze vorgesehen sind. Hierbei gelten für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände unterschiedliche Kriterien. Bei Gewerkschaften ist allein die Repräsentativität entscheidend, bei Arbeitgeberverbänden soll neben der Repräsentativität auch die Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern entscheidend sein. In der Begründung zu dieser Regelung wird auf § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI verwiesen.

Die Repräsentativität einer Vereinigung von Arbeitgebern beurteilt sich nach der neuen Regelung (§ 12 Abs. 6 Ziffer 2 Satz 2 des Entwurfs) nach der Zahl der in der Pflegebranche beschäftigten Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber Mitglieder der jeweiligen Vereinigung von Arbeitgebern sind und nach Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können.

B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt das Kriterium „Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern“ als ermessenslenkendes Kriterium aus vier Gründen ab:

- Durch ein zusätzliches ermessenslenkendes Kriterium kommt es zu ungleichen Voraussetzungen für die Bewerbung auf Kommissionssitze für Gewerkschaften auf der einen Seite und Arbeitgeberverbände auf der anderen Seite.
- Das genannte Kriterium enthält zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und läuft daher darauf hinaus, dass die Auswahl unter mehreren Bewerbern beliebig bzw. willkürlich werden kann. Hier liegt ein Verstoß gegen das sogenannte Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG vor.
- Das Verhältnis von Repräsentativität und Trägervielfalt in Ziffer 2 ist vollkommen ungeklärt, was ebenfalls dazu führen kann, dass eine Auswahlentscheidung willkürlich bzw. beliebig werden kann.
- Eine Bezugnahme auf § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI verkennt den vollständigen Regelungsgehalt des § 11 Abs. 2 SGB XI, der sich dementsprechend nicht in § 12 Abs. 6 Ziffer 2 des Entwurfs wiederfindet.

Im Einzelnen sei hierzu folgendes angemerkt:

Die Bezugnahme auf § 11 Abs. 2 SGB XI ist nicht überzeugend. § 11 Abs. 2 SGB XI drückt für den Bereich der gesetzlichen Pflegeversicherung einen Grundsatz aus, der sich an vielen Stellen im deutschen Sozialrecht wiederfindet: Das Recht der Versicherten auf freie Anbieterwahl. Dieser Grundsatz ist zu Recht ein Kernbestandteil des deutschen Sozialrechts und bringt zwei Dinge zum Ausdruck. Einerseits geht der Gesetzgeber in Deutschland davon aus, dass Versicherte selbst am besten wissen, welcher Anbieter für sie der Beste ist und andererseits hat sich von Beginn der bundesdeutschen Sozialgesetzgebung der Gedanke durchgesetzt, dass die öffentliche Hand als Kostenträger nicht auch gleichzeitig als Leistungsträger auftreten soll. Dieses sogenannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis aus Kostenträger, Leistungsanbieter und Versichertem trägt entscheidend dazu bei, dass in Deutschland ein angemessenes Verhältnis zwischen staatlicher Gesundheits- und Sozialversorgung auf der einen Seite und einem angemessenen Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern auf der anderen Seite existiert. Zu diesem deutschen System gehört aber auch, dass sich die öffentliche Hand als Leistungsanbieter solange zurückhalten soll, wie freigemeinnützige und private Anbieter am Markt tätig sind. Genau dieser Gedanke findet für den Bereich des SGB XI seinen Ausdruck in § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI wonach private und freigemeinnützige Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben.

Insgesamt dient die in § 11 Abs. 2 SGB XI statuierte Trägervielfalt im Bereich der gesetzlichen Pflegeversicherung in aller erster Linie den Versicherten mit ihren unterschiedlichen Interessen, Lebenswelten und Gewohnheiten. Es ist daher für den bpa Arbeitgeberverband e.V. nicht nachvollziehbar, weshalb der Gedanke der Trägervielfalt auch bei der Besetzung der Kommission eine Rolle spielen muss, da § 12 AEntG einem ganz anderen sozialpolitischen Ziel dient. Wenn aber der Gedanke der Trägervielfalt in die Besetzung der Kommission einfließen soll, so muss auch konsequenterweise der Gedanke des § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI dort Berücksichtigung finden, wonach freigemeinnützige Träger und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben. Bei drei Bewerbungen auf zwei Plätze durch einen privaten Arbeitgeberverband, einen Arbeitgeberverband aus dem Kreis der freigemeinnützigen Träger und einen kommunalen Arbeitgeberverband, dürfte der kommunale Arbeitgeberverband hiernach aufgrund des Vorrangprinzips aus § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI bei der Besetzung der Kommission keine Berücksichtigung finden.

Nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. müsste vielmehr Folgendes gelten: da das AEntG der Schaffung angemessener Mindestarbeitsbedingungen dienen soll, die typischerweise von Gewerkschaften erkämpft werden, müsste der Gedanke der Vielfalt von Arbeitnehmervereinigungen in Ziffer 1 von § 12 Abs. 6 des Entwurfs einfließen, denn wenn kleinere

Gewerkschaften bei der Besetzung der Kommission keine Berücksichtigung finden, wird ihre Betätigung mittel- bis langfristig erschwert, was am Ende auf einen Eingriff in die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG hinausläuft. Keinesfalls kann aber der Gedanke der Trägervielfalt alleine auf die Arbeitgeberseite gemünzt werden, während der Gedanke der Vielfalt von Arbeitnehmervereinigungen auf Seiten der Gewerkschaftssitze in der Kommission unberücksichtigt bleibt.

Sollte sich das BMAS entschließen, den Gedanken der Trägervielfalt in Ziffer 2 des § 12 Abs. 6 des Entwurfs zu belassen, so muss mindestens eine Klarstellung erfolgen, wie sich der Gedanke der Trägervielfalt zum Gedanken der Repräsentativität verhält. Andernfalls läge ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG vor. Die Regelung ist nicht hinreichend klar formuliert und lässt vollends offen, wie die beiden Prinzipien der quantitativen Repräsentativität und der „Trägervielfalt“ zueinander im Verhältnis stehen bzw. gewichtet werden. Damit unterläuft diese Regelung zum einen die Vorgaben des VG Berlin, zum anderen gibt sie dem BMAS einen quasi unbegrenzten Ermessensspielraum.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert hierbei ein abgestuftes System, wonach der Gedanke der Trägervielfalt erst dann Berücksichtigung findet, wenn zwei vollkommen gleich repräsentative Arbeitgeberverbände um einen Sitz in der Kommission konkurrieren.

Sollte solch eine Klarstellung nicht erfolgen, wäre jede Besetzungsentscheidung des BMAS, die wie auch immer auf dem Gedanken der Trägervielfalt beruht, gerichtlich angreifbar, weil eine solche Ermessensentscheidung kaum gerichtsfest begründbar wäre und damit als ermessensfehlerhaft zu gelten hätte.

Sollte der Entwurf mit dem Passus „und nach ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können“ so zu verstehen ein, dass lediglich Mitglieder von Arbeitgeberverbänden mit dem Status „Mitglied mit Tarifbindung“ (mT) bei der quantitativen Repräsentativität zu berücksichtigen sind, lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. dies ab. Eine Beschränkung der für die Repräsentativität relevanten Zahl lediglich auf die Zahl der in der Pflegebranche Beschäftigten der mT-Mitglieder findet keine Stütze im Gesetz.

Bei den Beschlüssen der Pflegekommission und dem Erlass entsprechender Rechtsverordnungen geht es nicht um die Erstreckung eines Tarifvertrags, weshalb es hier bei der Frage der Repräsentativität gerade nicht auf eine Tarifgebundenheit ankommt. Die Kommissionslösung hat gerade keinen „tarifvertragsersetzenden Charakter“ (so die Begründung des Entwurfs zu § 12 Abs. 6, vgl. S. 13), sondern soll der Trägervielfalt und den damit einhergehenden unterschiedlichen, aber gleichrangig geschützten Instrumentarien zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen umfassend Rechnung

tragen (vgl. hierzu auch die Begründung zum Gesetzentwurf des AEntG vom 21. Januar 2009, BT-Drs. 16/11669, S. 24).

Anders als bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Tarifvertragsgesetz oder einer Rechtsverordnung nach § 7 bzw. § 7a AEntG ist im Rahmen des § 12 Abs. 6 des Entwurfs daher nicht die Frage nach der Bedeutung des Tarifvertrags, sondern nach der Bedeutung einer Arbeitgebervereinigung innerhalb der Pflegebranche zu stellen. Das Abstellen lediglich auf die Anzahl der Beschäftigten von potentiell tarifgebundenen Arbeitgebern greift daher zu kurz.

Vielmehr müssen alle Mitglieder – also auch die Mitglieder „ohne Tarifbindung“ – zahlenmäßig berücksichtigt werden, da auch diese Mitglieder sich bewusst für eine Organisation in einem tarifzuständigen Arbeitgeberverband entschieden haben und in der Regel satzungsmäßig jederzeit in eine Mitgliedschaft „mit Tarifbindung“ wechseln können.

C) Änderungsvorschlag

In § 12 Abs. 6 Ziffer 2 des Entwurfs werden folgende Wörter gestrichen:

„sowie die Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern“

und

„und nach der Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können“

sowie

„und nach der Art ihrer Mitgliedschaft sowie der Mitgliedschaft der jeweiligen Vereinigung von Arbeitgebern tarifgebunden sein können“

§ 12 Abs. 8 des Entwurfs Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

Der Entwurf sieht einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für Klagen gegen die Benennung von Mitgliedern vor.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt dies ab, da eine Einschränkung des Rechtsschutzes nicht erforderlich ist.

§ 12a Abs. 1 des Entwurfs

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. möchte auf einen redaktionellen Fehler in § 12a Abs. 1 des Entwurfs hinweisen. Dort wird auf „Absatz 4 Satz 1“ verwiesen. Gemeint sein dürfte ein Verweis auf § 12 Absatz 4 Satz 1 des Entwurfs.

§ 12a Abs. 3 des Entwurfs Beschlussfähigkeit und Abstimmungsmodalitäten in der Kommission

A) Beabsichtigte Neuregelung

Nach § 12a Abs. 3 des Entwurfs soll die Kommission als ganze zukünftig bereits beschlussfähig sein, wenn mindestens sechs ordentliche Mitglieder bei der Abstimmung anwesend oder durch die jeweiligen Stellvertreter vertreten sind. Eine Beschlussfassung erfordert vom Zeitpunkt der geplanten Neuregelung an ebenfalls die Zustimmung von mindestens sechs ordentlichen Mitgliedern oder, soweit ein Vertretungsfall vorliegt, von deren Stellvertretern.

In der Begründung heißt es dazu, dass sich in der Vergangenheit gezeigt habe, dass eine angemessene Berücksichtigung der in der Kommission vertretenen Interessen den bisherigen Beschlussfähigkeitsmodus (nach geltendem Recht liegt Beschlussfähigkeit bei Anwesenheit aller Mitglieder bzw. deren Stellvertreter vor) und Abstimmungsmodus (im Ergebnis ist nach geltendem Recht eine 7:1-Mehrheit erforderlich) nicht zwingend erfordern. Um die Handlungsfähigkeit der Kommission zu stärken, sollen dennoch die Regelungen über die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung „vereinfacht“ werden.

B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt die Regelungen zur Neufassung der Beschlussfähigkeit und der Abstimmungsmodalitäten entschieden ab.

In der Gesetzesbegründung zum derzeit geltenden § 12 Abs. 2 AEntG heißt es, dass der besondere Abstimmungsmodus ein Höchstmaß an Berücksichtigung der in der Kommission vertretenen unterschiedlichen Gruppeninteressen bei gleichzeitiger Gewährleistung der Handlungsfähigkeit des Gremiums sichere. Als Bezugspunkt für das Quorum hatte der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt auf die Einzelgruppen der Mitglieder der Pflegekommission, also der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmervertreter aus dem weltlichen Bereich sowie der Dienstgeber- und der Dienstnehmervertreter aus dem kirchlichen Bereich, abgestellt.

Diese Argumentation wäre nach dem Entwurf hinfällig. Wenn zukünftig lediglich sechs Mitglieder der Pflegekommission einem Beschluss zustimmen müssen, so wird dies in aller Regel dazu führen, dass eine Gruppe vollkommen unberücksichtigt bleibt. Dadurch werden gerade nicht die Interessen der weltlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter sowie der kirchlichen Dienstgeber- und Dienstnehmervertreter gleichermaßen berücksichtigt. Der Entwurf stellt ausschließlich darauf ab, dass sowohl kirchliche als auch weltliche Interessen berücksichtigt werden, ohne jedoch innerhalb dieser Gruppen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bzw. Dienstnehmern und Dienstgebern zu unterscheiden.

Der Gesetzgeber hatte bei Einführung des § 12 AEntG seinerzeit darauf abgestellt, dass die Pflegekommission – und damit in der Folge auch die Pflegearbeitsbedingungenverordnung – das Nebeneinander von weltlichen und kirchlichen sowie von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern im höchsten Maße berücksichtigen solle. Kann nun eine Gruppe komplett von einer Beschlussfassung ausgeschlossen werden, ist diese Voraussetzung nicht mehr ansatzweise erfüllt.

Die Neuregelung trägt daher nicht dazu bei, dass in der Pflegekommission ein für alle Beteiligten tragfähiger Kompromiss gesucht und gefunden wird, sondern sie ermöglicht gerade ein Abstimmungsverhalten und eine Beschlussfassung zu Lasten einer Gruppe. Es werden dadurch Beschlüsse möglich, die die Interessen einer Gruppe völlig außer Acht lassen. Das ist ein Widerspruch zum Erfordernis der gemischten Zusammensetzung der Pflegekommission, die die breite Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen abbilden soll. Dieser Anspruch an die Errichtung der Kommission wird durch die Neuregelung der Beschlussfähigkeit und der Beschlussfassung ad absurdum geführt.

Die Änderung der derzeitigen Beschlussfassung stellt einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG dar und zwar aus folgendem Grunde:

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Kommission immer konsensfähig war, so dass es gar keinen Grund gibt, die Beschlussfähigkeit bzw. das Quorum zu ändern.

Es fehlt also bereits an einer Erforderlichkeit der Stärkung der Handlungsfähigkeit der Kommission, da diese in der Vergangenheit stets handlungsfähig war. Die Änderung der derzeitigen Gesetzeslage verstieße somit gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot, was wiederum einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darstellt.

Rechtsfolge wäre, dass die Änderung verfassungsrechtlich geschützten Positionen entgegenstehen würde.

Die Änderung steht nicht zuletzt der in § 11 Abs. 2 AEntG angesprochenen Pflicht des BMAS entgegen, auch die Trägervielfalt bei seiner Entscheidung über eine Rechtsverordnung zu berücksichtigen. Bei der Zusammensetzung der Pflegekommission wird in einem erhöhten Maße auf die Trägervielfalt abgestellt, die sich dann auf Grund der Möglichkeit, dass eine Einzelgruppe komplett überstimmt werden kann, anschließend nicht zwingend in der Pflegearbeitsbedingungenverordnung findet.

Sollte es entgegen der oben gemachten Ausführungen zur geplanten Änderung der Abstimmungsmodalitäten kommen, so fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V. mindestens die Aufnahme der Möglichkeit eines **Minderheitenvotums in § 12a Abs. 3 des Entwurfs**, das vom BMAS im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nach § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AEntG nachvollziehbar zu berücksichtigen ist.

C) Änderungsvorschlag

In § 12a Abs. 3 des Entwurfs wird durch § 12 Abs. 5 AEntG geltender Fassung ersetzt.

§ 12a Abs. 4 des Entwurfs

Leitung der Kommissionsitzungen und Hinzuziehung von Vertretern des BMAS und des BMG

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert in § 12a Abs. 4 des Entwurfs aufzunehmen, dass die Mitglieder der Kommission berechtigt sind, Vorschläge für die Berufung eines bzw. einer Beauftragten des BMAS zu machen.

Ferner fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V. eine gesetzliche Klarstellung der regelmäßigen Hinzuziehung von Vertretern des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und des Bundesministeriums für Gesundheit gemeint ist, zu welchem Zweck diese Hinzuziehung erfolgen soll und welche Aufgabe die Vertreter der Ministerien dort wahrnehmen sollen.

Stellungnahme zu VI. 6. der Begründung

Weitere Gesetzesfolgen, insbesondere Kostenfolgen

Nach der Begründung des Entwurfs sei „nicht auszuschließen“, dass eine durch dieses Gesetz erleichterte Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu einer Erhöhung der Pflegevergütung führt. Soweit diese Erhöhung nicht durch die Pflegeversicherung refinanziert werde, „könnten“ die Eigenanteile der Versicherung steigen. Dies „könnte“ zu höheren Kosten für die Hilfe zur Pflege durch die Träger der Sozialhilfe führen.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist darauf hin, dass die Neugestaltung des Gesetzes zwangsläufig zu einer Kostenspirale führt, die zu erheblichen zusätzlichen Belastungen von Pflegebedürftigen und Steuerzahlern führen können. Die Gefahr ist groß, dass Gewerkschaften und gewerkschaftsnahe Arbeitgebervereinigungen, die im Markt eine kleine Minderheit vertreten, teure Beschlüsse herbeiführen, ohne die Finanzierungsverantwortung zu haben. Hierauf muss das BMAS offen und ehrlich hinweisen und den Konjunktiv durch einen Indikativ ersetzen.

Besondere Beachtung muss auch parallel laufenden Prozessen gewidmet werden. So mutet es nahezu skurril an, wenn kleine Gruppen wie AWO und Verdi einerseits eine ganz massive Kostensteigerung im System der Altenpflege herbeiführen wollen und gleichzeitig massiv dafür eintreten, dass die Auswirkungen vor Ort für pflegebedürftige Menschen und ihre Angehörigen nicht deutlich werden. Die Idee der Deckelung der Zuzahlung bedeutet eine Verlagerung der Kosten entweder auf die Pflegeversicherung oder auf die Steuerzahler. Bereits heute ist die Pflegeversicherung unterfinanziert. Finanzminister Scholz wies in den letzten Wochen mehrfach deutlich auf erwartete erhebliche Lücken im Bundeshaushalt hin. Hier wird demnach eine massive Kostensteigerung vorbereitet, deren Finanzierung die pflegebedürftigen Menschen nur indirekt bemerken sollen. Die Wirkung dieses

Vorgehens beruht lediglich auf der Annahme, dass mehr Geld im System in der Lage wäre, demografische Entwicklungen außer Kraft zu setzen.

Berlin, den 5. April 2019